

N. 01824/2022 REG.PROV.COLL.

N. 01110/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1110 del 2022, proposto da B. Braun Milano S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Michele Maria Mancini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

l'Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziata Policlinico di Bari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Raffaella Travi e Michele Di Landro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

la Regione Puglia ed Empulia - Innovapuglia S.p.A., non costituite in giudizio;

***nei confronti***

Aptiva Medical S.r.l., non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

- della determinazione del direttore “Area Gestione del Patrimonio” dell’Azienda ospedaliera universitaria consorziale Policlinico di Bari n. 580 dell’8 settembre 2022, comunicata in data 9 settembre 2022, nella parte in cui ha disposto l’esclusione dell’offerta della ricorrente dai lotti 21 e 22 relativa alla gara telematica per la fornitura di dispositivi medici per l’Unità organizzativa complessa di Neurochirurgia, nonché della stessa nota del 9 settembre 2022;
  - della nota in data 14 settembre 2022 prot. n. 007838, con la quale la stazione appaltante ha confermato l’esclusione dell’offerta della ricorrente dai lotti 21 e 22;
  - *in parte qua*, della *lex specialis* di gara, nella parte in cui ha previsto che la campionatura dovesse pervenire a “pena di esclusione” entro la data e l’ora previste per la presentazione delle offerte, e, segnatamente, dell’articolo 5 del disciplinare di gara;
  - di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e/o conseguente;
- e per la declaratoria  
dell’inefficacia degli eventuali contratti *medio tempore* stipulati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziale Policlinico di Bari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2022 il Cons. Rita Tricarico e uditi per le parti i difensori Come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Con bando di gara trasmesso all'Ufficio pubblicazioni dell'Unione Europea in data 24 giugno 2022, l'Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziale Policlinico di Bari ha indetto una procedura aperta telematica, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., per l'affidamento della fornitura di *“Dispositivi medici per l'U.O.C. Neurochirurgia con apparecchiature in comodato d'uso gratuito full risk, in accordo quadro con tre operatori economici ai sensi dell'art. 54 c. 4 lett. a) del D. lgs. 50/2016 e smi per i Lotti 56,57,61-87. Necessari per la U.O.U.C. Policlinico di Bari/ Giovanni XXIII, da aggiudicarsi ai sensi dell'art. 95, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i..GARA PONTE”*.

1.1. All'art. 5 del disciplinare di gara, la stazione appaltante prevedeva che per i Lotti 21 e 22, oggetto di interesse del presente giudizio, *“l'operatore economico deve consegnare la campionatura di n. 2 pezzi/confezioni per tipo di ciascun lotto per cui concorre con relativo confezionamento ed etichettatura entro l'ora e la data stabilita per la ricezione delle offerte”*, specificando, inoltre, che il plico con la campionatura richiesta *“... dovrà pervenire esclusivamente presso l'A.O.U.C. Policlinico di Bari Area Gestione del Patrimonio – U.O.S. Dispositivi Medici e Farmaci - Il piano della palazzina Farmacia – Piazza Giulio Cesare 11, Bari – dal lunedì al venerdì dalle ore 8,00 alle ore 13,00 ... La campionatura richiesta deve pervenire entro la data e l'ora prevista per la presentazione delle offerte a pena di esclusione”*.

Il termine ultimo di presentazione delle offerte, indicato espressamente sulla piattaforma *e-procurement* Empulia, era stabilito alle ore 09:00 del 2 agosto 2022.

1.2. La B. Braun Milano S.p.A. ha presentava offerta telematica per i Lotti 21 e 22 alle ore 12:08:17 del 1° agosto 2022, mentre la relativa campionatura è stata consegnata dal corriere alle ore 09:37 del 2 agosto 2022, cioè 37 minuti dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte della campionatura.

1.3. Tramite piattaforma Empulia, con nota prot. 76796 in data 9 settembre 2022, la stazione appaltante ha trasmesso a detta Società la determinazione n. 580 dell'8 settembre 2022, con la quale ha disposto la sua esclusione.

Con nota prot. del 9 settembre 2022 la B.Braun S.p.A. ha chiesto la sua riammissione in gara.

1.4. La stazione appaltante ha riscontrato la suddetta istanza con nota 14 settembre 2022 prot. n. 007838, confermando il provvedimento di esclusione.

2. Avverso i provvedimenti di esclusione della gara suindicati, nonché la previsione di *lex specialis* che fissava per la presentazione della campionatura il medesimo termine (giorno ed ora) stabilito per l'offerta (art. 5 del disciplinare) è stato proposto il ricorso in epigrafe, affidato ai seguenti motivi di doglianza: violazione, erronea e falsa applicazione dell'articolo 97 della Costituzione - violazione, erronea e falsa applicazione degli articoli 30, 83, 94 e seguenti del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. - violazione, erronea e falsa applicazione degli articoli 1, 3, 7 e successivi della l. 241/90 e s.m.i. - violazione del principio della tassatività delle cause di esclusione - eccesso di potere: errore sui fatti e sui presupposti, contraddittorietà, difetto di motivazione, irragionevolezza e irrazionalità, difetto di istruttoria, sviamento dalla causa tipica, sviamento dal giusto procedimento amministrativo, comportamento contrario a pubblico interesse.

2.1. Il provvedimento di esclusione dell'offerta della ricorrente è stato disposto sulla base dell'articolo 5 del disciplinare di gara (*"La campionatura richiesta deve pervenire entro la data e l'ora prevista per la presentazione delle offerte a pena di esclusione"*), che avrebbe illegittimamente introdotto una causa di esclusione ulteriore rispetto a quelle previste dal Codice dei contratti pubblici, in violazione del divieto stabilito al riguardo dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016.

2.2. Secondo la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 15 marzo 2021, n. 2243; *id.* 5 maggio 2017, n. 2076) la campionatura costituirebbe un elemento non costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell'offerta tecnica documentale;

Essa non coinciderebbe con l'offerta tecnica, il cui contenuto è analiticamente indicato dal disciplinare di gara, e può, addirittura, essere integrata nel corso della gara, finché non sia oggetto di valutazione da parte della Commissione.

2.3. Pertanto la clausola che imponga ai concorrenti, a pena di esclusione, la presentazione di una campionatura dei prodotti offerti introdurrebbe una causa di esclusione ulteriore rispetto a quelle previste dal Codice dei contratti pubblici, in violazione del divieto stabilito al riguardo dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 e, come tale, dovrebbe essere ritenuta nulla.

2.4. Secondo l'Amministrazione, pur riconoscendo che in via generale la campionatura assolve ad una funzione illustrativa dell'offerta, nella fattispecie, la campionatura richiesta sarebbe *"a tutti gli effetti, un elemento costitutivo dell'offerta tecnica"*; essa richiama la sentenza del T.a.r. Lombardia, Sez. IV, 10 agosto 2016, n. 1598, la quale, tuttavia, è stata riformata in appello, ove il Consiglio di Stato ha nuovamente affermato che *"il campione non è, dunque, un elemento costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell'offerta tecnica."*

2.5. Si precisa poi che il lotto n. 21 aveva ad oggetto *"Matrice biologica riassorbibile per l'innesto e la rigenerazione di Dura Madre autologa, in collagene di origine animale, ritagliabile, da utilizzare durante gli interventi sul cranio e sulla colonna vertebrale. Versione suturabile"* in 4 misure (cfr. capitolato tecnico), mentre la campionatura veniva chiesta per 2 sole misure, mentre il Lotto n. 22 aveva ad oggetto *"Matrice biologica non riassorbibile per sostituzione di Dura Madre autologa, ritagliabile, da utilizzare durante interventi sul cranio e"*

*sulla colonna vertebrale. Versione suturabile e onlay*” in 6 misure, mentre la campionatura veniva chiesta per 2 sole misure.

Proprio dalla circostanza che la campionatura fosse limitata a due pezzi/confezioni per tipo per ciascun lotto per cui concorrere, per di più a libera scelta dell'operatore commerciale, confermerebbe che, anche nella fattispecie, la campionatura assolvesse esclusivamente una funzione dimostrativa e non costitutiva dell'offerta.

2.6. Per altro verso la stazione appaltante non ha neppure attivato il soccorso istruttorio.

Essa avrebbe dovuto ammettere la B. Braun Milano S.p.A. alle successive fasi procedurali di gara, consentendo un nuovo invio della campionatura entro un nuovo termine da fissarsi ex articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 o in subordine ritenere idonea la campionatura già consegnata presso l'Ente, seppure con un ritardo di 37 minuti.

3. Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziata Policlinico di Bari, la quale ha depositato una memoria difensiva e documentazione.

3.1. Chiamato il ricorso alla camera di consiglio dell'8 novembre 2022 per la trattazione dell'istanza cautelare, incidentalmente proposta, con ordinanza n. 500 del 10 novembre 2022, è stato fissato il merito, ai sensi dell'art. 55, comma 10, codice processo amministrativo, alla pubblica udienza del 13 dicembre 2022.

3.2. Infine alla predetta pubblica udienza il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe la Società B. Braun Milano S.p.A. censura i provvedimenti con cui è stata disposta e poi confermata la propria esclusione dai lotti 21 e 22 della gara bandita dall'Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziata Policlinico

di Bari per l'affidamento della fornitura di *“Dispositivi medici per l'U.O.C. Neurochirurgia con apparecchiature in comodato d'uso gratuito full risk, in accordo quadro con tre operatori economici ai sensi dell'art. 54 c. 4 lett. a) del D. lgs. 50/2016 e smi per i Lotti 56,57,61-87. Necessari per la U.O.U.C. Policlinico di Bari/ Giovanni XXIII”*, nonché l'art. 5 del disciplinare, di cui si è fatta nella specie pedissequa applicazione.

1.1. L'esclusione è stata disposta nei confronti della suindicata ricorrente per aver fatto pervenire la campionatura richiesta dalla *lex specialis* alle ore 9:37 del 2 agosto 2022, perciò oltre l'orario fissato – ore 09:00 sempre del 2 agosto 2022 – coincidente con il termine ultimo di presentazione delle offerte.

1.2. Perciò l'esclusione consegue alla pedissequa ed automatica applicazione della previsione di *lex* di gara – art. 5 del disciplinare.

2. Il Collegio è chiamato ad accertare la legittimità o meno di detta clausola, come visto sopra, oggetto di specifica impugnativa nel presente giudizio.

2.1. In via generale la giurisprudenza amministrativa e, in particolare, il Consiglio di Stato ha affermato: *“La campionatura non è un elemento costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell'offerta tecnica documentale, essendo destinata a comprovare, con la produzione di capi o prodotti dimostrativi detti, appunto, campioni, la capacità tecnica dei concorrenti e la loro effettiva idoneità a soddisfare le esigenze, spesso complesse, delle stazioni appaltanti”* (Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2022, n. 1699, che richiama id. 15 marzo 2021, n. 2243, e 5 maggio 2017, n. 2076).

*“In altri termini, la campionatura, pur non costituendone una componente essenziale ed intrinseca, resta strettamente connessa all'offerta tecnica ed è funzionale alla sua migliore valutazione qualitativa”* (Cons. Stato, sez. III, 5 luglio 2021 n. 5135; id. 20 agosto 2020, n. 5149).

*“Nelle procedure di gara ad evidenza pubblica, la funzione assegnata alla campionatura non è quella di integrare essa stessa l'offerta tecnica, ma di comprovare, attraverso la produzione di capi*

*dimostrativi, l'effettiva idoneità del bene a soddisfare le esigenze della stazione appaltante, dunque ha una funzione meramente esemplificativa delle caratteristiche dell'offerta, fungendo non da elemento costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell'offerta tecnica*” (Ta.r. Lombardia, Milano, sez. II, 7.1.2020, n. 42).

2.2. Richiamata la condivisibile giurisprudenza sulla funzione in generale assolta dalla campionatura nelle procedure di gara, deve esaminarsi nel dettaglio la *lex specialis* di gara qui in rilievo.

2.3. Al riguardo si rileva che, all'art. 5 del disciplinare, si legge che “è richiesta la campionatura per la valutazione dei Lotti” successivamente elencati, tra gli altri, per quanto qui interessa, i lotti nn. 21 e 22.

Quindi la stessa *lex* di gara individua inequivocabilmente la funzione della campionatura e di conseguenza la sua natura: essa serve per la successiva attività di valutazione di quanto offerto per ciascun lotto.

È evidente che i campioni, richiesti in n. 2 pezzi/confezioni per tipo per ciascun lotto, non rappresentano un elemento costitutivo dell'offerta, ma costituiscono strumento per consentirne la valutazione in modo più agevole e concreto.

3. Di conseguenza, stante la funzione dimostrativa e non costitutiva dell'offerta tecnica propria della campionatura, la clausola, contenuta sempre nel citato gravato art. 5 del disciplinare, che impone ai concorrenti, a pena di esclusione, di far pervenire alla stazione appaltante una campionatura dei prodotti offerti “entro la data e l'ora prevista per la presentazione delle offerte a pena di esclusione”, introduce una causa di esclusione ulteriore rispetto a quelle previste dal Codice dei contratti pubblici, in violazione del divieto stabilito al riguardo dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016. Essa, proprio per tali ragioni, va, pertanto, dichiarata nulla.



Dal momento che la campionatura non è parte integrante dell'offerta tecnica, non può, infatti, imporsi il medesimo inderogabile termine stabilito, a pena di esclusione, per la presentazione dell'offerta, ed inoltre deve consentirsi il soccorso istruttorio, non ammesso, viceversa, in relazione a deficit relativi all'offerta.

4. Di conseguenza è illegittima l'esclusione della ricorrente, disposta solo per aver la stessa fatto pervenire la campionatura con 37 minuti di ritardo rispetto al termine di cui al menzionato art. 5 del disciplinare, e la medesima deve essere riammessa alla gara, fermo restando il potere di accertamento dei requisiti di partecipazione in capo alla stazione appaltante.

4.1. Il ricorso è quindi fondato e va accolto nei modi appena rappresentati.

5. Le spese di giudizio possono, tuttavia, compensarsi integralmente tra le parti, attesa la peculiarità della vicenda sottoposta all'attenzione del Collegio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

- accoglie nei modi di cui in motivazione il ricorso, come in epigrafe proposto;
- compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2022 con l'intervento dei Magistrati:

Rita Tricarico, Presidente FF, Estensore

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere

Lorenzo Ieva, Primo Referendario

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

**Rita Tricarico**

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI